

**Yanis Zoubeidi-Defert**

*Membre du Centre de Recherche Juridique de l'Université de Franche-Comté  
Doctorant sous la direction de M. le P. J. Andriantsimbazovina, La liberté des partis politiques  
– origine et réalité*

Proposition d'intervention

ATELIER N°3 : CONSTITUTION ET POUVOIR CONSTITUANT

### **Souveraineté nationale et volonté populaire en matière constituante**

Résumé :

Mettre en balance souveraineté nationale et volonté populaire peut sembler antithétique. En effet, la Ve République est basée sur le principe de la souveraineté nationale et est organisée sur le modèle de la démocratie représentative. Pour preuve notamment, l'alinéa premier de l'article 3 C dispose de la sorte : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. » Or, la notion de volonté populaire fait évidemment écho à la souveraineté populaire qui n'a pas cours en France. La réalité des rapports entre le peuple, ses représentants et évidemment le pouvoir constituant est plus complexe. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a progressivement, à travers sa jurisprudence, déconnecté l'exercice du droit de suffrage du témoignage de la souveraineté. Bref, posséder la souveraineté n'implique pas nécessairement son exercice. Ensuite, il faut convenir que, malgré tout, la volonté populaire a fourni un alibi aux gouvernants pour se défaire de la règle constitutionnelle. Deux temps forts de la Ve République s'inscrivent dans cette logique : sa naissance et le référendum de 1962. En conséquence, la volonté populaire a eu un rôle éminemment important en matière de pouvoir constituant originaire mais aussi en matière de pouvoir constituant dérivé. D'ailleurs, sur ce second point, le Conseil constitutionnel a considéré que le peuple n'était pas un pouvoir public comme les autres, mais qu'il était – pour être trivial – « Le » pouvoir. En outre, cette conception de la place du peuple dans le droit constitutionnel peut poser problème au regard de la cohérence de l'édifice juridique interne dans la mesure où le juge constitutionnel, en matière référendaire, refuse de contrôler la norme en question en raison de l'organe qui l'a adoptée et non en fonction de sa nature et de sa place dans la hiérarchie. Il ne contrôle donc pas les lois référendaires ordinaires et encore moins les lois référendaires constitutionnelles.

Cependant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière référendaire mérite amplement d'être mise en perspective. En effet, il semble encadrer progressivement les consultations. Ainsi en va-t-il de sa ligne jurisprudentielle relative aux référendums d'autodétermination. En posant notamment l'exigence de clarté de la consultation, les juges de la rue Montpensier ont ouvert la voie à une protection de la volonté populaire (ou du moins de la volonté d'une population locale). Elle doit être en effet éclairée. Or, puisque le Haut conseil juge en fonction de l'organe d'adoption et non en fonction du type de norme, il est donc légitime de penser qu'il puisse encadrer des mêmes garanties la pratique du référendum constituant à plus forte raison d'ailleurs. Cela semble former le premier point de l'encadrement de la pratique du référendum.

Si le peuple appelé à créer du droit doit voir son consentement éclairé, pour autant peut-il connaître des limites quant à son pouvoir constituant ? Cette question a été envisagée à l'occasion de la décision de 1992 dite Maastricht II lors de laquelle le Conseil constitutionnel a semblé poser des limites à l'endroit du pouvoir constituant (dérivé) avant de revenir sur sa position en 2003. C'est sur ce point qu'il convient de s'interroger. Cette décision a-t-elle annoncé les prémices d'une supra-constitutionnalité ? D'ailleurs cette question est au cœur de l'actualité politique (et

juridique) dans la mesure où ses récents développements concernant la rétention de sûreté ont souligné la problématique des normes pouvant éventuellement être considérées comme supra-constitutionnelles. En effet, dans la décision relative à cette loi, le Haut Conseil a considéré notamment que la rétention de sûreté n'était pas une peine eu égard à sa jurisprudence antérieure mais que, toutefois, en raison de la privation de liberté que cette loi emportait, elle ne pouvait être rétroactive. Or le chef de l'État désireux de voir cette rétroactivité possible a demandé au Premier Président de la Cour de cassation de lui faire toutes les propositions utiles pour ce faire. Sans attendre les conclusions du magistrat, il est possible d'affirmer que la seule solution est de réviser la Constitution. Cependant, la non rétroactivité de la loi pénale est un principe issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Alors convient-il de se demander s'il est possible de revenir sur la DDHC et de modifier des principes qui arrosent l'ensemble du système juridique français. Il n'y a pas de précédent de modification de la Déclaration de 1789. Mais, la décision de 1993 dans laquelle une disposition relative au droit d'asile avait été censurée au motif qu'elle méconnaissait une disposition du Préambule de la Constitution de 1946 peut apporter quelques éléments. Pour que les dispositions législatives concernées puissent entrer en vigueur, le constituant a modifié la Constitution et non le préambule en prévoyant une exception à ce dernier... Ces éléments amènent deux questions principales : Est-il logique de prévoir des dispositions constitutionnelles dérogatoires afin de ne pas modifier d'autres sources constitutionnelles jugées intangibles ? D'ailleurs, si tel est le cas, n'est-ce pas le témoignage d'une supra-constitutionnalité naissante ?